

Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift

herausgegeben von Prof. Dr. Rüdiger Breuer, Bonn – Prof. Dr. Klaus-Peter Dolde, Rechtsanwalt, Stuttgart – Prof. Dr. Klaus Finkelnburg, Rechtsanwalt und Notar, Berlin – Prof. Dr. Alfons Gern, Stadtrechtsdirektor, Lahr/Schwarzwald – Prof. Dr. Klaus Hansmann, Ltd. Ministerialrat a. D., Düsseldorf – Prof. Dr. Gertrude Lübke-Wolff, Richterin des BVerfG, Karlsruhe – Dr. Hubert Meyer, Geschäftsf. Vorstandsmitglied des Niedersächsischen Landkreistages, Hannover – Dr. Jens Meyer-Ladewig, Ministerialdirigent a. D., Bonn – Prof. Dr. Janbernd Oebbecke, Münster – Prof. Dr. Karsten-Michael Ortloff, Vors. Richter am VG a. D., Berlin – Dr. Stefan Paetow, Vors. Richter am BVerwG, Leipzig – Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann, Heidelberg – Dr. Dieter Sellner, Rechtsanwalt, Bonn – Prof. Dr. Hermann Weber, Rechtsanwalt, Frankfurt a. M. – Hans Lothar Wehrh, Richter am BVerwG a. D., München

Schriftleitung: Rechtsanwalt Prof. Dr. Achim Schunder und
Rechtsanwältin Dr. Christiane Prause, Beethovenstraße 7b, 60325 Frankfurt a. M.

8

2007

Seite 857–976

26. Jahrgang

15. August 2007

Aufsätze und Berichte

Rechtsanwalt Dr. Stefan Kobes, Berlin

Emissionshandel 2008–2012*

Nach der ersten Handelsperiode des europäischen Emissionshandelssystems werden die Anlagenbetreiber mit einem blauen Auge davon gekommen sein. Der Markt ist wegen großzügiger Zuteilungen mit Berechtigungen überschwemmt. Ihr Preis, der ursprünglich auf 5 bis 10 Euro geschätzt wurde und der zwischenzeitlich auf über 30 Euro gestiegen war, erreicht gegenwärtig nicht einmal mehr 1 Euro. Mit den neuen gesetzlichen Grundlagen für den Emissionshandel soll deshalb in der kommenden Periode vieles besser werden. Ziel dieses Beitrages ist es, nach einem kurzen Rückblick einen Überblick über die neuen Regelungen zu geben.

I. Ausgangslage

1. Probleme der ersten Periode

Mit der Einführung des Emissionshandels in Deutschland war für den Umgang mit Klimagasen ein fundamentaler Systemwechsel verbunden, weg von einem ordnungsrechtlich, hin zu einem marktwirtschaftlich geprägten System¹. Eine solche Umstellung geht naturgemäß nicht reibungslos von staten, vor allem dann nicht, wenn die neuen Regelungen unter extrem hohem Zeitdruck verabschiedet werden. Dort, wo hohe Komplexität sich mit mangelnder Erfahrung paart, entstehen Probleme und Fragen, die in der ersten Handelsperiode alle Ebenen, vom gesetzlichen Rahmen des Emissionshandels (TEHG) bis hin zu den Zuteilungsregeln des ZuG 2007, betrafen.

Höchst unbefriedigend war vor allem, dass das Zuteilungsergebnis für die Anlagenbetreiber auf Grund der hohen Komplexität der Zuteilungsregeln² kaum vorhersehbar war. Besondere Schwierigkeiten bereitete auch die erst spät in das Gesetz aufgenommene „Optionsregel“³ und ihr Korrektiv, die anteilige Kürzung nach § 4 IV ZuG 2007 sowie die – bislang nicht vollzogene – ex-post-Kontrolle⁴.

Im Vordergrund der juristischen Auseinandersetzungen standen anfänglich Fragen der Einbeziehung von Anlagen in das Emissionshandelssystem (vor allem von Anlagen der chemischen Industrie,

„Cracker“) sowie dessen generelle Verfassungsmäßigkeit. Ferner ging es um die Verfassungsmäßigkeit der Zuständigkeitsordnung⁵, da mit dem Gesetzesvollzug nach § 20 TEHG sowohl Landesbehörden als auch eine Bundesbehörde befasst sind. Streittig ist bis heute, ob eine Ermächtigungsgrundlage für die Billigung von Monitoring-Konzepten existiert.

Diskutiert wurde auch, wie mit den Berechtigungen umgegangen werden soll, die aus einer etwaigen ex-post-Kontrolle wieder zurückgegeben werden⁶. Für Streitstoff sorgten schließlich der Begriff der „prozessbedingten Emissionen“ sowie verschiedene Fragen im Zusammenhang mit der Early Action-Regelung des § 12 ZuG 2007.

* Dr. Stefan Kobes ist Fachanwalt für Verwaltungsrecht und Partner der überörtlichen Sozietät Luther Rechtsanwalts-Gesellschaft mbH in Berlin. Seit Oktober 2002 ist er Mitglied des Sekretariats der Arbeitsgruppe „Emissionshandel zur Bekämpfung des Treibhauseffektes“ des Bundesumweltministeriums. Sein besonderer Dank gilt Frau Kirsten Urbisch, Frau Anica Saeger und Herrn Thilo Franke für ihre umsichtige und unermüdliche Unterstützung.

1) S. aus der inzwischen sehr umfangreichen Literatur BVerfG, NVwZ 2007, 937 und 942 (beide in diesem Heft); Martini/Gebauer, ZUR 2007, 225 ff.; Enders, LKV 2007, 193 ff.; Rebentisch, NVwZ 2006, 747 ff.; Begemann/Lustermann, NVwZ 2006, 135 ff. und NVwZ 2004, 1292 ff.; Frenz, ZUR 2006, 393 ff.; Schlemmermeier/Schwintowski, ZNER 2006, 195 ff.; Weinreich/Marr, NJW 2005, 1078 ff.; Rieselvan den Eikel, NVwZ 2005, 758 ff.; Burgi, NVwZ 2004, 1162 ff. und RdE 2004, 29 ff.; Kobes, NVwZ 2004, 513 ff. sowie 1153 ff.; Weidemann, DVBl 2004, 727 ff.; Körner/Vierhaus, TEHG Kommentar, 2005; Schaefer/v. Hammerstein, Treibhausgasemissionshandelsgesetz (TEHG), 2004.

2) Es gab rund 58 verschiedene Zuteilungsvarianten.

3) § 7 XII i. V. mit § 11 ZuG 2007; diese ursprünglich nur für wenige Anlagen gedachte Regelung wurde von über einem Viertel der Anlagenbetreiber (521) genutzt.

4) Über die Klage der Bundesrepublik Deutschland vor dem EuG ist bis heute noch nicht entschieden.

5) Diese Frage wurde unter dem Stichwort „unzulässige Mischverwaltung“ diskutiert.

6) S. dazu jetzt OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30. 11. 2006 – 12 B 14/06 = BeckRS 2007, 22615 Rdnrn. 70 ff.

2. Die Haltung der Rechtsprechung

Die Rechtsprechung bekam schon früh Gelegenheit, sich mit einigen grundlegenden, vor allem verfassungsrechtlichen Fragen des Emissionshandels auseinanderzusetzen⁷. Dessen Einführung als europarechtlich vorgegebene Systemscheidung verstößt danach weder gegen die auf europäischer Ebene gewährleisteten Grundrechte der Anlagenbetreiber noch gegen nationales Verfassungsrecht⁸. Mit ihm ist insbesondere keine (teilweise) Eigentumsentziehung verbunden, weil kein von der Benutzung einer Anlage losgelöstes Recht auf Ausstoß von Emissionen in die Luft existiert, das entzogen werden könnte⁹. Auf Grund des Systemwechsels wurden die Nutzungsmöglichkeiten des Anlageigentums für die Zukunft beschränkt. Dies ist akzeptabel, weil die neu eingeführten Pflichten die Anlagenbetreiber angesichts des hohen Ranges des Schutzgutes (Klima) und des Umstandes, dass in der ersten Drei-Jahres-Periode mindestens 95% und in der anschließenden Fünf-Jahres-Periode mindestens 90% der Zertifikate kostenlos zugeteilt werden, nicht unzumutbar belasten¹⁰.

Nach Ansicht der Rechtsprechung ist die Verwaltungszuständigkeit im TEHG hinreichend klar und in sich widerspruchsfrei geregelt. Insbesondere die Kollisionsregel des § 4 VIII 1 und 2 TEHG stellt sicher, dass keine unzulässige Doppelzuständigkeit von Bund und Ländern und damit keine Gefahr sich widersprechender Entscheidungen besteht¹¹. Die Pflicht der Länder, die Emissionsberichte nach § 5 IV TEHG stichprobenartig zu kontrollieren, ändert daran nichts, da allein dem Umweltbundesamt die Prüfung obliegt, ob die Voraussetzungen für Sanktionen nach §§ 17 und 18 TEHG vorliegen¹². Der Bund nimmt zu Recht die Verwaltungskompetenz nach Art. 87 III 1 GG wahr. Ein bundeseinheitlicher Vollzug im Zusammenhang mit allen Fragen der Berechtigungen ist im Hinblick auf einen einheitlichen Rechts- und Wirtschaftsraum unerlässlich, um Wettbewerbsverzerrungen durch einen unterschiedlichen Vollzug in den Ländern auszuschließen. Das Umweltbundesamt kann die ihm durch das Gesetz zugewiesenen Aufgaben auch ohne Behördenunterbau bewältigen. Die Aufgabenverteilung nach § 20 I TEHG weist weder den Landesbehörden die Rolle einer faktischen – weil rechtlich weisungsunabhängigen – Unterbehörde zu, noch stellt sie die Selbstständigkeit der Aufgabenerfüllung durch das Umweltbundesamt in Frage¹³.

Die neuen Pflichten nach §§ 5 und 6 I TEHG treffen die Anlagenbetreiber unmittelbar kraft Gesetzes. § 4 VII 1 TEHG macht die immissionsschutzrechtliche Genehmigung zum tatbestandlichen Anknüpfungspunkt für die Geltung der Pflichten nach §§ 5 und 6 I TEHG. Die immissionsschutzrechtliche Genehmigung selbst wird durch § 4 VII 1 TEHG nicht geändert¹⁴.

Die Rechtsprechung hat ferner zum lange umstrittenen¹⁵ Anlagenbegriff des § 3 III und § 9 TEHG Stellung genommen. Demnach knüpft der emissionshandelsrechtliche Anlagenbegriff an die erteilte immissionsschutzrechtliche Genehmigung an. Ein eigenständiger emissionshandelsrechtlicher Anlagenbegriff existiert nicht. Mehrere Standorte sind auf Grund der Tatbestandswirkung einer einheitlichen, ihnen zu Grunde liegenden immissionsschutzrechtlichen Genehmigung auch emissionshandelsrechtlich als eine (gemeinsame) Anlage und ihr Betreiben folglich als eine Tätigkeit i. S. des § 3 III und § 9 TEHG anzusehen¹⁶.

Was die Auseinandersetzungen um die anteilige Kürzung betrifft, darf der Gesetzgeber nach Ansicht des OVG Berlin-Brandenburg die Einhaltung des nationalen Emissionsziels gesetzlich – und sei es durch Kürzung der individuellen Zuteilungen – absichern¹⁷. § 4 IV ZuG 2012 enthält eine transparente Regelung, die an das Überschreiten einer bestimmten Gesamtmenge anknüpft¹⁸. Die Vorschrift soll nicht sicherstellen, dass am Ende der Zuteilungsperiode und nach Abschluss aller Rechtsstreitigkeiten das Gesamtbudget (495 Mio. Berechtigungen pro Jahr) vollständig ausgeschöpft wird. Vielmehr soll nur die zu Beginn der Handelsperiode zugeteilte Gesamtmenge kontingiert werden. Anlagen-

betreiber haben deshalb nur Anspruch auf eine im Ergebnis angemessene Zuteilung¹⁹.

Fehlerhaft war allerdings die anteilige Kürzung nach § 4 IV ZuG 2007 bei den so genannten Optionsanlagen, weil diese nicht dem Erfüllungsfaktor unterliegen. Der Erfüllungsfaktor knüpft nicht an bestimmte Anlagenarten, sondern an bestimmte Zuteilungsregeln an. Optionsanlagen werden aber aus den Zuteilungsregeln des § 7 ZuG 2007 entlassen und vollständig dem Zuteilungsregime für Neuanlagen nach § 11 ZuG 2007 unterworfen²⁰. In konsequenter Weiterentwicklung dieser Grundsätze hat das OVG Berlin-Brandenburg der Nachverteilung zurückgegebener Emissionsberechtigungen eine Absage erteilt. Seines Erachtens wird der Kürzungsfaktor nur einmal berechnet, und zwar vor der ersten Zuteilung der Berechtigungen. Danach ist er für die gesamte Zuteilungsperiode verbindlich²¹. Bei der gerichtlichen Kontrolle der anteiligen Kürzung im Rahmen einer Einzelzuteilung kommt es nicht auf die Rechtmäßigkeit aller anderen Einzel-

7) VG Augsburg, NVwZ 2004, 1389; VG Karlsruhe, NVwZ 2005, 112; VG Würzburg, NVwZ 2005, 471; auch zur Rechtsprechung Ehrmann/Greinacher, RdE 2006, 97 ff.; Kopp-Assemmacher, ZUR 2006, 405 ff.; Marr/Wolke, NVwZ 2006, 1102 ff.; zum Rechtsschutz Spieth/Hamer, DVBl 2005, 1541 ff., und Neuser, ZUR 2005, 26 f.

8) BVerfG, NVwZ 2007, 937 und 942 (beide in diesem Heft); BVerwG, NVwZ 2005, 1178 (1181); diese Entscheidung kommentieren Becker, NVwZ 2006, 782 ff., und Maslaton/Hauk, NVwZ 2005, 1150 ff.

9) Luft als eigenständiges entziehungsfähiges Gut scheidet schon von der Natur der Sache her aus, weil sie dem Einzelnen nicht nach Art eines Ausschließungsrechts privatnützig zugeordnet werden kann, BVerfG, NVwZ 2007, 937 und 942 (beide in diesem Heft); BVerwG, NVwZ 2005, 1178 (1182).

10) Dem Eingriff stehen keine Vertrauensgesichtspunkte entgegen, die sich aus dem bisherigen Anlagenbetrieb und dem damit verbundenen CO₂-Ausstoß ergeben. Denn die (erteilte) immissionsschutzrechtliche Genehmigung begründet hinsichtlich der Treibhausgasemissionen keine Rechte und damit keinen über eine legale Anlagenutzung hinausgehenden Vertrauensstatbestand, in den die Einführung des Emissionshandels eingreifen könnte. Außerdem gibt es im Immissionsschutzrecht keinen Grundsatz, dass dem Betreiber eingeräumte Rechtspositionen trotz Rechtsänderung zu belassen sind oder nur gegen Entschädigung entzogen werden dürfen, BVerwG, NVwZ 2005, 1178 (1182) m. w. Nachw. Der Gesetzgeber hat allenfalls darauf zu achten, bei der partiellen Neuordnung eines Rechtsgebiets für die Zukunft dem Schutzbedürfnis genehmigter Anlagen durch Vorkehrungen bei der Zuteilung der Zertifikate Rechnung zu tragen.

11) BVerfG, NVwZ 2007, 937 und 942 (beide in diesem Heft); BVerwG, NVwZ 2005, 1178 (1183 f.). Dabei betonen beide Gerichte, dass zur Zuständigkeit der Landesbehörden die Durchsetzung von Pflichten gehört, die eine ordnungsgemäße Berichterstattung erst ermöglichen (z. B. Billigung von Monitoring-Konzepten).

12) Für die rechtliche Beurteilung eines Zusammenwirkens von Bundes- und Landesbehörden kommt es nur darauf an, ob ihm zwingende Kompetenz- oder Organisationsnormen oder sonstige Vorschriften entgegenstehen, BVerfG, NVwZ 2007, 937 und 942 (beide in diesem Heft).

13) BVerfG, NVwZ 2007, 937 und 942 (beide in diesem Heft); BVerwG, NVwZ 2005, 1178 (1184); dazu auch Reicherzer, NVwZ 2005, 875 ff.

14) BVerwG, NVwZ 2005, 1178 (1179 f.).

15) Vgl. etwa Körner/Vierhaus, TEHG, 2005, § 9 TEHG Rdnr. 9; Frenz, NVwZ 2006, 1095; Zenke/Vollmer, IR 2006, 269.

16) VG Berlin, Urt. v. 2. 2. 2007 – 10 A 261/06, S. 9.

17) OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30. 11. 2006 – 12 B 14/06, BeckRS 2007, 22615 Rdnr. 38.

18) OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30. 11. 2006 – 12 B 14/06, BeckRS 2007, 22615 Rdnr. 38.

19) OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30. 11. 2006 – 12 B 14/06, BeckRS 2007, 22615 Rdnr. 47 ff. (76). Der Gesetzgeber durfte sich in Bezug auf das erforderliche Maß der Kontingentierung auf die Mengenplanung des Nationalen Allokationsplans stützen.

20) OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30. 11. 2006 – 12 B 15/06, BeckRS 2007, 22616. Entscheidend ist, dass diese Anlagen ungeachtet der tatsächlich eingesetzten Technik nur am Maßstab der besten verfügbaren Technik mit Berechtigungen ausgestattet werden; s. auch Günther/Schnutenhaus, ZUR 2007, 193 ff.; Zenke/Vollmer, IR 2007, 83 ff., und Spieth/Hamer, EurUP 2004, 244 ff.

21) OVG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 30. 11. 2006 – 12 B 14/06, BeckRS 2007, 22615 Rdnr. 70.

zuteilungen an. Der Kürzungsfaktor ergibt sich allein aus dem Gesamtergebnis einer – auf tatsächlichen Umständen beruhenden – behördlichen Prüfung und nicht aus der Rechtmäßigkeit jeder einzelnen Zuteilungsentscheidung²².

Für die Auslegung des Begriffs „prozessbedingte Emissionen“ in § 13 ZuG ist nach Ansicht des VG Berlin von einem naturwissenschaftlichen Verständnis der Norm auszugehen. Insbesondere das Wort „Verbrennung“ ist nicht in einem spezifisch emissionshandelsrechtlichen Sinne dahingehend zu verstehen, dass diese den Einsatz eines typischen Brennstoffes voraussetzt²³.

Die besondere Zuteilung für frühzeitige Emissionsminderungen nach § 12 ZuG 2007 („Early Action“) ist nach Ansicht des BVerfG ebenfalls verfassungsgemäß und verstößt weder gegen Art. 14 I GG oder Art. 12 I GG noch gegen Art. 3 I 1 GG²⁴.

Nach einigen jüngst ergangenen Urteilen des VG Berlin ist die Auslegung der Härtefallregelungen der §§ 7 X und 7 XI ZuG 2007 durch die DEHSt im Wesentlichen nicht zu beanstanden. Für unzulässig hielt das Gericht allerdings die Anwendung des Erfüllungsfaktors sowie der anteiligen Kürzung bei einem Härtefall²⁵.

Gebühren nach der EHKostV können nach Ansicht des OVG Berlin-Brandenburg nicht nur zum Zweck der Kostendeckung für die konkrete Amtshandlung, sondern darüber hinaus zur Deckung des gesamten Verwaltungsaufwandes der DEHSt erhoben werden. Bei der Gebührenkalkulation können auch sonstige, sogar erst zukünftige Tätigkeiten (Öffentlichkeits- und Pressearbeit, Zusammenarbeit mit EU und UN) der DEHSt berücksichtigt werden, solange diese in einem sachlichen Zusammenhang mit dem bundeseinheitlichen Vollzug des Emissionshandelsrechts stehen²⁶.

Nach einer Reihe von Urteilen des VG Berlin sind sowohl das Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz- und Reaktorsicherheit als auch die DEHSt verpflichtet, nach Maßgabe des Umweltinformationsgesetzes (UIG) jedermann Informationen im Zusammenhang mit dem Emissionshandel zu erteilen. Informationen zur rechtlichen Auslegung der Zuteilungsregeln sowie Zuteilungsbescheide von Konkurrenten und damit verbundene Daten stellen Umweltinformationen im Sinne des Umweltinformationsgesetzes dar²⁷. Kommuniziert das Bundesumweltministerium mit anderen Stellen der öffentlichen Verwaltung – wozu auch das Umweltbundesamt gehört –, handelt es sich nicht um interne Mitteilungen informationspflichtiger Stellen²⁸. Ist die eingenommene Rechtsposition des Umweltbundesamtes in der Öffentlichkeit hinlänglich bekannt, insbesondere auf Grund ausführlicher schriftlicher Kommunikation in gerichtlichen Verfahren und Erörterungen in mündlichen Verhandlungen, darf ein Antrag nicht nach § 8 I Nr. 3 UIG wegen nachteiliger Auswirkungen auf die Durchführung eines laufenden Gerichtsverfahrens abgelehnt werden²⁹. Regelmäßig ausgeschlossen ist hingegen die Einsicht in Zuteilungsbescheide von Konkurrenten, da diese überwiegend Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, wie die Wettbewerbsfähigkeit und die Marktstellung, betreffen³⁰.

3. Gemeinschaftsrecht

Die neuen Regeln für die Handelsperiode 2008 bis 2012 beruhen nicht nur auf den Erfahrungen der ersten Handelsperiode und den Vorgaben der Rechtsprechung, sondern wurden maßgeblich durch europarechtliche Bestimmungen mitgeprägt. Dazu gehören vor allem die Richtlinien 2003/87/EG³¹ und 2004/101/EG³² des Europäischen Parlaments und des Rates, die für die zweite Handelsperiode aus Zeitgründen unverändert geblieben sind, obwohl sich ihre Anpassung an die Erfahrungen der ersten Handelsperiode (z. B. Einführung einer „de-minimis“-Regel) angeboten hätte. Von großer praktischer Bedeutung waren vor allem die „Neue(n) Hinweise der Kommission zu den Zuteilungsplänen für den Handelszeitraum 2008 bis 2012“³³. Wie schon die entsprechenden Hinweise vom 7. 1. 2004 für die erste Handelsperiode, enthielten auch sie Leitlinien für die Anwendung von Anhang III der EH-Richtlinie (so genannte NAP-Guidance).

Im Einzelnen schlug die Kommission zur Harmonisierung der Zuteilungsregeln und zur Senkung der Kosten vor, auf Sonderbestimmungen für Prozessemissionen auf Anlagenebene zu verzichten und 10% der Berechtigungen zu versteigern, um für die nachfolgende Handelsperiode Erfahrungen zu sammeln. Ferner sollte der Begriff der Verbrennungsanlage einheitlicher gehandhabt werden, weshalb die Kommission anmahnte, auf jeden Fall Verbrennungsprozesse im Zusammenhang mit Crackern, Industrieruß, Fackeln, Industrieöfen und Stahlwerken zu erfassen. Im Übrigen blieb die Kommission bei ihrem strikten Nein zu jeglicher Form nachträglicher Veränderungen von Zuteilungsentscheidungen (ex-post-Kontrolle) und machte zur Durchsetzung der von ihr beabsichtigten Harmonisierung deutlich, dass sie jeden nationalen Zuteilungsplan zurückweisen werde, der ihren Hinweisen nicht nachkommt.

4. Nationaler Zuteilungsplan II

Nach Anhörung der Öffentlichkeit im April 2006 legte die Bundesregierung Ende Juni 2006 der Kommission gem. § 8 III TEHG den nationalen Allokationsplan³⁴ für die zweite Handelsperiode (NAP II) vor. Darin wurde der Anwendungsbereich des Emissionshandelssystems entsprechend den Vorgaben der Kommission um verschiedene Feuerungsanlagen erweitert, auf nachträgliche Korrekturen von Zuteilungen verzichtet sowie nach unterschiedlichen Erfüllungsfaktoren zwischen der Zuteilung für produzierendes Gewerbe (0,9875) und für die Energiewirtschaft (0,85) differenziert. Verzichtet wurde auch auf die Optionsregel (§ 7 XII i. V. mit § 11 ZuG 2007) sowie einige Sonderregelungen³⁵, die zu der übergroßen Komplexität des ersten nationalen Zuteilungsplans und zu mehr Umverteilung statt Klimaschutz³⁶ geführt hatten.

Der NAP II besteht im Wesentlichen aus einem Makroplan für das nationale Emissionsbudget und die Gesamtzahl der zuzuteilenden Zertifikate sowie einem Mikroplan für die Zuteilung an emissionshandelspflichtige Anlagen. Im Makroplan wurde das Gesamtbudget für die Zuteilung an emissionshandelspflichtige Anlagen auf jährlich 482 Mio. t („Cap“) bei einer Reserve von 17 Mio. Berechtigungen jährlich festgelegt. Alle Bestandsanlagen, die bis 2002 in Betrieb

22) Eine andere Handhabung des Kürzungsfaktors würde die Nachberechnung nach Ansicht des OVG Berlin-Brandenburg zu einer unlösbaren Aufgabe werden lassen, das Zuteilungsverfahren und seine gerichtliche Kontrolle wären wegen der permanenten Veränderungen undurchführbar.

23) VG Berlin, Urt. v. 17. 11. 2006 – 10 A 502/05, S. 6.

24) BVerfG, NVwZ 2007, 937 und 942 (beide in diesem Heft).

25) VG Berlin, Urt. v. 9. 5. 2007 – 10 A 247/06; 10 A 272/06; 10 A 339/06; 10 A 340/06; 10 A 341/06 und v. 31. 5. 2007 – 10 A 275/06, 10 A 322/06, 10 A 323/06, 10 A 405/06. Die Urteilsbegründungen lagen bei Redaktionsschluss noch nicht vor.

26) OVG Berlin-Brandenburg, ZUR 2006, 143 (144).

27) VG Berlin, Urt. v. 17. 11. 2006 – 10 A 6/06, S. 7. Anspruchsgrundlage für die Informationen ist § 3 I 1 UIG, denn die Informationen betreffen den Ausstoß von Treibhausgasen und wirken sich damit auf Luft und Atmosphäre als Umweltbestandteile i. S. von § 2 III Nr. 1 UIG mindestens wahrscheinlich aus.

28) VG Berlin, Urt. v. 17. 11. 2006 – 10 A 182/06, S. 12.

29) VG Berlin, Urt. v. 17. 11. 2006 – 10 A 182/06, S. 13 f.

30) VG Berlin, Urt. v. 17. 11. 2006 – 10 A 6/06, S. 9 f. Mitteilungen zur Kapazität einer Anlage unterliegen hingegen nicht dem Geheimhaltungsschutz.

31) Richtlinie 2003/87/EG v. 13. 10. 2003 über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft und zur Änderung der Richtlinie 96/61/EG des Rates, ABIEG Nr. L 275 v. 25. 10. 2003 (EH-RL).

32) Richtlinie 2004/101/EG v. 27. 10. 2004 zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft im Sinne der projektbezogenen Mechanismen des Kyoto-Protokolls, ABIEG Nr. L 338 v. 13. 11. 2004.

33) Mitteilung der Kommission „Neue Hinweise zu den Zuteilungsplänen für den Handelszeitraum 2008 bis 2012 des Systems für den EU-Emissionshandel“ v. 22. 12. 2005, KOM 2005 (703) endg.

34) Nationaler Allokationsplan 2008 bis 2012 für die BRep. Dtschld., Stand des Kabinettsbeschlusses v. 28. 6. 2006.

35) Beispielsweise für prozessbedingte Emissionen oder die nachweislose Anerkennung von Early Action sowie für kerntechnische Anlagen.

36) Nationaler Allokationsplan 2008 bis 2012, Nr. 2.4, Spiegelstrich 3.

genommen wurden, sollten eine Zuteilung auf Basis historischer Emissionen erhalten, neue Anlagen auf Basis von *Benchmarks*. Die Basisperiode wurde auf sechs Jahre erweitert, um Auslastungsschwankungen durch Sondereinflüsse besser ausgleichen und damit auf die Härtefallregelung von § 7 X ZuG 2007 verzichten zu können³⁷. Die Höchstmenge zur Nutzung von Zertifikaten aus den projektbezogenen Mechanismen JI und CDM wurde auf maximal 12% jährlich beschränkt³⁸.

Die Kommission hat den NAP II Ende November 2006 in Teilen für mit den Vorgaben des Anhangs III der EH-Richtlinie unvereinbar erklärt³⁹. In der Folge musste die Bundesregierung im Rahmen der überarbeiteten Fassung des NAP II das Gesamtbudget auf 453 Mio. t CO₂ absenken. Für Bestandsanlagen der Energiewirtschaft sowie für Anlagen, die ab Januar 2003 in Betrieb genommen wurden, wurde die Zuteilung auf BAT-*Benchmarks* umgestellt⁴⁰. Ferner wurde angekündigt, eine besondere Härtefallklausel für mittelständische Betriebe einzuführen und die Obergrenze zur Nutzung von JI/CDM anzuheben. Die revidierte Fassung des NAP II legte die Bundesregierung der Kommission am 13. 2. 2007 vor⁴¹.

II. Artikelgesetz für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012

1. Gesetzgebungsverfahren

Der vom Bundeskabinett am 18. 4. 2007⁴² beschlossene Gesetzentwurf wurde am 8. 5. 2007 in den Deutschen Bundestag eingebracht⁴³. In seiner Stellungnahme vom 29. 5. 2007 empfahl der Bundesrat zahlreiche Änderungen, in deren Mittelpunkt insbesondere die Versteigerung von 10% der zuzuteilenden Berechtigungen, die Gleichbehandlung von *Early Action*-Anlagen der Energiewirtschaft mit denen der Industrie, die Einbeziehung unternehmensinterner Energieversorgungssysteme des produzierenden Gewerbes (so genannte Industriekraftwerke) in die Zuteilungsregeln nach § 6 ZuG 2012 sowie die Einführung eines eigenen *Benchmarks* bei gleichzeitiger Aufhebung des gesonderten Standardauslastungsfaktors für Braunkohlekraftwerke standen⁴⁴.

Nach Anhörung der Sachverständigen am 11. 6. 2007⁴⁵ beschloss der Umweltausschuss am 20. 6. 2007 weitreichende Änderungen des Gesetzentwurfes⁴⁶. So sollten zukünftig nicht mehr alle Berechtigungen kostenlos zugeteilt werden, sondern 40 Mio. (ca. 8,8%) Zertifikate jährlich veräußert werden. Die Reserve sollte dementsprechend nur noch 23 Mio. Berechtigungen pro Jahr betragen. Die spezifische Härtefallregelung nach § 12 ZuG 2012 erhielt eine großzügigere Ausstattung (von 1 Mio. auf 1,6 Mio. Zertifikate pro Jahr). Die Menge der für die Erfüllung der Abgabeverpflichtung nutzbaren JI- und CDM-Zertifikate wurde von 20% auf 22% angehoben und die Stilllegungsfiktion⁴⁷ von 20% auf 25% verschärft. Nicht beschlossen wurde demgegenüber die Widerrufsmöglichkeit für IHK-Sachverständige und die Zuordnung der *Benchmarks* anhand der tatsächlich eingesetzten und nicht anhand der technisch möglichen Brennstoffe.

Am 22. 6. 2007 hat der Deutsche Bundestag das Gesetz zur Änderung der Rechtsgrundlagen zum Emissionshandel im Hinblick auf die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 beschlossen⁴⁸. Der Bundesrat hat dem Gesetz am 6. 7. 2007 zugestimmt⁴⁹.

2. Struktur des Gesetzes

Das Gesetz gliedert sich in drei Teile. Artikel 1 enthält das vollständig neu gefasste „Gesetz über den nationalen Zuteilungsplan für Treibhausgas-Emissionsberechtigungen in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 (Zuteilungsgesetz 2012 – ZuG 2012)“, Artikel 2 Änderungen des Treibhausgas-Emissionshandelsgesetzes (TEHG) und Artikel 3 kleinere Ände-

rungen des Projekt-Mechanismen-Gesetzes (ProMechG)⁵⁰. Artikel 4 regelt das Inkrafttreten des Gesetzes.

III. Neuerungen beim TEHG

Mit den Änderungen des TEHG soll vor allem der Anwendungsbereich des Emissionshandelssystems erweitert und der Verwaltungsvollzug verbessert werden⁵¹.

1. Erweiterung des Anwendungsbereiches

§ 3 III 2 TEHG stellt nunmehr ausdrücklich klar, dass die immissionsschutzrechtliche Genehmigung maßgeblich für die Bestimmung der jeweiligen emissionshandelspflichtigen Anlage ist⁵². Damit hat der Gesetzgeber die höchst umstrittene Frage selbst geklärt, welche technischen Einrichtungen die „Anlage“ ausmachen und somit Gegenstand der emissionshandelsrechtlichen Pflichten sind. In der Handelsperiode 2008 bis 2012 dürfte diese Klarstellung vor allem für die Abgrenzung industrieller Feuerungsanlagen von solchen der Energiewirtschaft von Bedeutung sein⁵³. Von der Ausdehnung des Emissionshandels auf Prozessfeuerungsanlagen durch die Nummern IX a, IX b, XII a, XVI, XVII und XVIII des Anhangs 1 TEHG sind in erster Linie die Cracker der Chemieindustrie, Rußerzeugungsanlagen und bisher nicht erfasste Weiterverarbeitungsanlagen der Stahlindustrie betroffen⁵⁴. Ihre Einbeziehung beruht auf den „NAP-Guidance“ und dient einer stärkeren Harmonisierung des Emissionshandelsrechts auf europäischer Ebene⁵⁵. Gleichzeitig wurden

37) BT-Dr 16/5240, S. 48. S. die Kritik von *Altensmidt*, *Dow Jones TradeNews Emissions* Nr. 22 v. 3. 11. 2006, S. 8.

38) Nationaler Allokationsplan, Nr. 6.8.

39) Entscheidung der Kommission v. 29. 11. 2006 über den nationalen Plan zur Zuteilung von Treibhausgasemissionszertifikaten, den Deutschland gemäß der Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates übermittelt hat, S. 17f.

40) Mitt. der Regierung der BRP. Dtschld. an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften v. 21. 12. 2006, S. 1; BAT = *best available technology*.

41) Den überarbeiteten Plan hat die Kommission nicht abgelehnt, so dass er gem. Art. 9 III EH-RL vollzogen werden konnte.

42) Kabinettsbeschluss zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Rechtsgrundlagen zum Emissionshandel im Hinblick auf die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 v. 18. 4. 2007, identisch mit Regierungsvorlage BR-Dr 276/07.

43) BT-Dr 16/5240 v. 8. 5. 2007; Plenarprot. des Deutschen Bundestages 16/98 v. 11. 5. 2007, S. 10024C-10038A. Federführend: Ausschuss für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit.

44) BR-Dr 276/1/07 v. 29. 5. 2007. Weitere Vorschläge betrafen unter anderem die Aufstockung der Reserve, eine Definition des „Probebetriebs“, die Einführung eines Streichjahres in der Basisperiode, die Ermittlung des Emissionswerts auf Basis tatsächlich eingesetzter anstatt möglicher Brennstoffe und die Streichung der individuellen Anpassungsmöglichkeit der Vollbenutzungsstunden durch die DEHSt. In einer weiteren Stellungnahme (BR-Dr 276/07, Beschl. v. 8. 6. 2007) verlangte der Bundesrat vor einem Einstieg in die Versteigerung von Zertifikaten eine Prüfung der finanzpolitischen Wirkungen auf die Haushalte von Bund, Ländern und Gemeinden. Diese Vorschläge wurden von der Bundesregierung in ihrer Gegenäußerung durchweg abgelehnt, BT-Dr 16/5617 v. 13. 6. 2007, Anl. 3.

45) BT-Ausschussdr 16(16)254 und 16(16)255.

46) BT-Dr 16/5769 v. 20. 6. 2007.

47) § 10 V ZuG 2012.

48) BT-Plenarprot. 16/106 v. 22. 6. 2007, S. 10923C.

49) BR-Dr 443/07 (Beschluss).

50) Vgl. allg. zum ProMechG *Reuter/Löwer*, RdE 2006, 182 ff., sowie *Ehrmann*, ZUR 2006, 410 ff.

51) BT-Dr 16/5240, S. 42.

52) BT-Dr 16/5240, S. 58. Zum Anlagenbegriff auch *VG Berlin*, Urt. v. 2. 2. 2007 – 10 A 261/06.

53) S. dazu unten IV 2 b.

54) Für Anlagen, die erstmals am Emissionshandel teilnehmen, gelten nach § 26 TEHG die Pflichten zur Emissionsberichterstattung, die Abgabepflicht sowie der Zuteilungsanspruch erst ab der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012. Umgekehrt enden diese Rechte und Pflichten für künftig ausscheidende Anlagen mit dem Ablauf der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007. Für die Berichterstattung über die Emissionen in der Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 gilt der bisherige Anhang 2 fort.

55) BT-Dr 16/5240, S. 61.

durch Änderung der Schwellenwerte in Nummer XIII des Anhangs 1 TEHG einige kleine Anlagen der keramischen Industrie aus dem Emissionshandel entlassen⁵⁶.

2. Zuteilung, Abgabe und Gebühren

Der Termin zur Abgabe fehlender Berechtigungen des Vorjahres ist gem. § 18 III TEHG vom 30. 4. auf den 31. 1. vorgezogen worden. Damit kann die DEHSt zukünftig fehlende Berechtigungen gegen den Ausgabeanpruch des laufenden Jahres (28. 2.) verrechnen⁵⁷.

Ferner enthält § 11 II TEHG jetzt die notwendige Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung von Zwangsgeldern, falls ein Anlagenbetreiber seiner Verpflichtung zur Rückgabe von Berechtigungen nicht nachkommt⁵⁸. § 19 I Nr. 4 TEHG regelt einen neuen Ordnungswidrigkeitenbestand für den Fall, dass gegen die Mitteilungspflichten im Rahmen der Datenerhebung nach § 8 IV TEHG verstoßen wird.

Die neue Gebührenregelung nach § 22 TEHG sieht nur noch zwei Gebührentatbestände vor, eine Festgebühr von 200 Euro für die Kontovorhaltung im Emissionshandelsregister und eine Widerspruchgebühr zwischen 50 und 2000 Euro⁵⁹. Die Kosten für den übrigen Verwaltungsaufwand der DEHSt sollen zukünftig allein durch die Veräußerung von Berechtigungen aus der Reserve nach § 5 III ZuG gedeckt werden⁶⁰.

Im Fall eines unterjährigen Betreiberwechsels grenzt § 4 X TEHG zukünftig die Pflichten des bisherigen und des neuen Betreibers voneinander ab und weist die Verantwortung für ihre Erfüllung in vollem Umfang dem neuen Betreiber zu. Ungeregt bleibt bedauerlicherweise auch weiterhin, wem die Zuteilung im Falle eines Betreiberwechsels zusteht und wer danach die Ausgabe der Berechtigungen an sich verlangen kann. Diesbezüglich wird man auf allgemeine Grundsätze der Rechtsnachfolge im Verwaltungsrecht zurückgreifen müssen⁶¹. Danach dürfte die Zuteilung als überwiegend sachbezogene Regelung auf den jeweiligen Rechtsnachfolger übergehen, so dass dieser Ausgabe der zugeteilten Berechtigungen jedenfalls zukünftig an sich verlangen kann⁶². Problematisch erscheint jedoch ein solcher gewillkürter Rechtsübergang in den Fällen, die eine nicht ganz unerhebliche personale Komponente aufweisen, wie z.B. die Zuteilung an Anlagen gem. § 6 VI und § 7 V ZuG 2012 sowie nach § 12 ZuG 2012 (Härtefallregelungen). Unklar ist ferner auch, wie sich ein Betreiberwechsel auf das Betreiberkonto auswirkt, von dem es grundsätzlich pro Anlage nur eines gibt⁶³.

3. Überwachung und Berichterstattung

Nachdem die Europäische Kommission im Juli 2006 neue „Monitoring-Leitlinien“ beschlossen hat⁶⁴, verweist Anhang 2 TEHG nunmehr hierauf, im Übrigen enthält Anhang 2 einige Sonderregelungen, die Vorrang („soweit“) vor den *Monitoring-Leitlinien* haben⁶⁵. Für die Anlagenbetreiber bedeutet dies, dass sie ihre Monitoring-Konzepte auf fortdauernde Übereinstimmung mit den neuen *Monitoring-Leitlinien* überprüfen, gegebenenfalls überarbeiten und von der zuständigen Behörde erneut billigen lassen müssen.

4. Emissionshandelsregister

Die Ausweisung von Verfügungsbeschränkungen im nationalen Emissionshandelsregister wurde mit der Änderung des § 14 I 2 TEHG abgeschafft, um die Umlauffähigkeit der Berechtigungen zwischen den einzelnen Mitgliedsstaaten zu verbessern⁶⁶. Im Übrigen gelten für das Rechtsverhältnis zum Register die Verordnung (EG) Nr. 2216/2004 der Kommission vom 21. 12. 2004 über ein standardisiertes und sicheres Registrierungssystem gemäß der Richtlinie 2003/87/EG sowie der Entscheidung 280/2004/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABIEG Nr. L 386, S. 1) sowie die Nutzungsbedingungen der DEHSt in der Fassung vom 17. 1. 2006⁶⁷.

IV. Das Zuteilungsgesetz (ZuG 2012)

Das ZuG 2012 als Kern des Emissionshandelssystems konkretisiert die Vorgaben des NAP II – vor allem die Mengenplanung und die Zuteilungsregeln – und schafft die Ermächtigungsgrundlage für die kostenlose Zuteilung sowie für die Veräußerung von Berechtigungen.

Wie auch in der ersten Handelsperiode beginnt das ZuG 2012 im ersten Abschnitt (§§ 1 bis 3) mit allgemeinen Vorschriften zum Gesetzeszweck sowie zum Anwendungsbereich und enthält verschiedene Definitionen. Abschnitt 2 (§§ 4 und 5) widmet sich der nationalen Mengenplanung und der Reserve, während Abschnitt 3 (§§ 6 bis 16) die eigentlichen Zuteilungsregeln (§§ 6 bis 13) sowie Vorschriften zu Antragsfristen, zur Angabenprüfung und zu den Zuteilungskosten enthält (§§ 14 bis 16). Abschnitt 4 betrifft die Ausgabe (§ 17) und Abgabe von Berechtigungen (§ 18), Abschnitt 5 (§§ 19 bis 21) regelt die erstmalig eingeführte Veräußerung von Berechtigungen. Im sechsten Abschnitt bilden gemeinsame Vorschriften über Ordnungswidrigkeiten (§ 22) sowie zur Zuständigkeit (§ 23) den Abschluss des Gesetzes. Dem ZuG 2012 sind schließlich fünf Anhänge beigefügt⁶⁸.

Das ZuG 2012 gilt gem. § 2 S. 2 ZuG 2012 grundsätzlich nur für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012. Soweit sich Regelungen des ZuG 2007 über die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 hinaus erstrecken, werden sie gem. § 2 S. 3 ZuG 2012 durch das ZuG 2012 ersetzt. Dieses tritt damit ab 1. 1. 2008 vollständig an die Stelle des ZuG 2007.

1. Mengenplanung

a) *Nationale Emissionsziele.* Für die Emission von Treibhausgasen in Deutschland stehen jährlich insgesamt 973,6 Mio. t Kohlendioxid-Äquivalent in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 zur Verfügung. Davon sind gem. § 4 II ZuG 2012 insgesamt 442,07 Mio. Berechtigungen pro Jahr einschließlich der Reserve (§ 5 ZuG 2012) sowie der zu veräußernden Berechtigungen (§ 19 ZuG 2012) zuteilbar. Hinzu kommen 11 Mio. Berechtigungen pro Jahr für Zuteilungen an erstmals in den Emissionshandel einbezogene Anlagen

56) Die Änderung der Begriffsbestimmung in § 2 V TEHG stellt lediglich eine Anpassung an das geänderte Erneuerbare-Energien-Gesetz (EEG) dar und führt nicht zu einem anderen Anwendungsbereich. Anlagen im Sinne des EEG sind nach wie vor vom Emissionshandel ausgeschlossen (BT-Dr 16/5240, S. 58).

57) BT-Dr 16/5240, S. 57.

58) BT-Dr 16/5240, S. 59.

59) Zu beachten ist allerdings auch die Übergangsregelung in § 26 IV TEHG, wonach § 22 TEHG in der bisherigen Fassung sowie die EH-KostV 2007 auch für Amtshandlungen erst nach dem 31. 12. 2007, die sich auf die Zuteilungsperiode 2005 bis 2007 beziehen, anwendbar bleiben.

60) Dies ist vom Bundesrat heftig kritisiert worden (BR-Dr 276/1/07, S. 6 f.).

61) Vgl. etwa *Fluck*, DVBl 1999, 496 (498); *Kobes*, VIZ 1998, 481; *Spoerr/Hildebrandt*, LKV 1999, 128; *Stadie*, DVBl 1990, 501.

62) Vgl. zum Anlagenbezug der Berechtigungszuteilung *VG Augsburg*, NVwZ 2004, 1389.

63) S. dazu *Kobes*, NVwZ 2006, 1341 (1343).

64) Als Beschluss des Climate Change Committees der EU-Kommission v. 31. 7. 2006 liegt vor: COMMISSION DECISION of xx/xx/2006 establishing guidelines for the monitoring and reporting of greenhouse gas emissions pursuant to Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council.

65) BT-Dr 16/5240, S. 62.

66) BT-Dr 16/5240, S. 60.

67) Veröff. als Allgemeinverfügung im BAnz Nr. 19, S. 539; vgl. zum Registersystem des europäischen Emissionshandels *Kobes*, NVwZ 2006, 1341 ff.

68) Sie betreffen Berechnungsformeln für die Zuteilung (Anhang 1), Kategorien zur Anlagenvergleichbarkeit (Anhang 2), produktbezogene Emissionswerte für Energieanlagen und Neuanlagen (Anhang 3), die Berechnung des Standardauslastungsfaktors (Anhang 4) sowie die Bestimmung der anteiligen Kürzung entsprechend dem Effizienzstandard (Anhang 5).

nach § 26 I TEHG⁶⁹. Übersteigt die Gesamtmenge der zuteilenden Berechtigungen ohne Neuanlagen und ohne die erstmals in den Emissionshandel einbezogenen Anlagen das Cap von 379 Mio. Berechtigungen pro Jahr⁷⁰, werden die Zuteilungen für Anlagen nach Anhang 1 Nr. 1 bis V TEHG (Energieumwandlung und -umformung) anteilig gekürzt⁷¹.

Die Berechnung dieser anteiligen Kürzung ist in Zukunft erheblich schwieriger als bislang. So existiert vor allem kein einheitlicher Kürzungsfaktor für alle von der anteiligen Kürzung betroffenen Anlagen (wie noch in der ersten Handelsperiode), sondern der Umfang der anteiligen Kürzung hängt vom Effizienzstandard der jeweiligen Anlage⁷² und einem anlagenunabhängigen Anpassungsfaktor ab. Letzterer sichert die Einhaltung des Caps für den Fall, dass die mit Hilfe des Effizienzstandards berechnete anteilige Kürzung in der Summe noch nicht dazu führt, dass der Wert von 379,07 Mio. t/a eingehalten wird⁷³.

b) *Reserve*. Die Reserve von insgesamt 23 Mio. Berechtigungen pro Jahr dient nicht mehr nur der Ausstattung von Neuanlagen, sondern in der nächsten Handelsperiode vernünftigerweise nach § 5 II ZuG 2012 auch rechtskräftig festgestellten zusätzlichen Zuteilungsansprüchen⁷⁴. Daneben soll die Reserve – vorrangig – die Kosten decken, die dem Bund in Erfüllung der ihm im Rahmen des Emissionshandels zugewiesenen Aufgaben entstehen, § 5 III ZuG 2012.

Über die Anfangsausstattung von jährlich 23 Mio. Berechtigungen hinaus wird die Reserve nach § 5 IV 1 ZuG 2012 durch zurückgegebene oder nicht ausgegebene Berechtigungen gespeist⁷⁵. Berechtigungen der Reserve, die bis zum Ende der Periode nicht für deren Zwecke benötigt werden, können nach § 5 IV 2 ZuG 2012 veräußert, gelöscht oder in die nächste Periode übertragen werden. Sofern die Reserve für eine Zuteilung nicht ausreicht, können fehlende Berechtigungen wie bisher zugekauft werden, § 5 V ZuG 2012 – so genannter KfW-Mechanismus.

2. Zuteilungsregeln

Die Zuteilungsregeln für die zweite Zuteilungsperiode unterscheiden sich erheblich von denen der ersten Periode. Nicht fortgeführt werden die Optionsregel und die ex-post-Kontrolle, die Regelungen für prozessbedingte Emissionen und für Ersatzanlagen⁷⁶. Das Gleiche gilt für die Regeln über die allgemeine anteilige Kürzung und die nachweislose Anerkennung von *Early Action*⁷⁷. Neu ist die Differenzierung zwischen einer Zuteilung an Anlagen nach Anhang 1 Nr. 1 bis V TEHG („Energiewirtschaft“)⁷⁸ und an Anlagen nach Nr. VI bis XVIII TEHG („Industrieanlagen“)⁷⁹. Und schließlich sind nicht mehr alle Berechtigungen kostenlos⁸⁰, sondern es werden gem. § 19 ZuG 2012 rund 9% oder 40 Mio. Berechtigungen jährlich verkauft oder versteigert, wovon 2 Mio. auf Neuanlagen entfallen⁸¹. Hiervon betroffen sind die Strom⁸² produzierenden Anlagen, aus deren (Strom-) Zuteilungsbudget die zu veräußernden Berechtigungen für Bestandsanlagen (38 Mio.) entnommen werden, indem bei der Zuteilung an diese Anlagen die auf die Produktion von Strom entfallende Zuteilungsmenge um einen einheitlichen (Veräußerungs-) Kürzungsfaktor verringert wird.

Der Verkauf von Berechtigungen soll vor allem dazu dienen, Erfahrungen mit dieser „Zuteilungsmethode“ für die weiteren Handelsperioden zu gewinnen, in denen ein wesentlich höherer Anteil an Berechtigungen oder sogar alle verkauft oder versteigert werden. Dass das Budget für den Verkauf oder die Versteigerung aus dem Kontingent der Strom erzeugenden Anlagen stammt, liegt daran, dass die Betreiber dieser Anlagen in der ersten Periode den Wert der kostenlos zugeteilten Berechtigungen als so genannte „Opportunitätskosten“⁸³ der Strompreiskalkulation zu Grunde gelegt haben. Die dadurch entstandenen erheblichen „windfall profits“ sollen in der zweiten Handelsperiode soweit wie möglich abgeschöpft werden.

Dieses Vorgehen wäre vor dem Hintergrund von Art. 3 GG vor allem dann nicht ganz unproblematisch, wenn keine gesicherten Erkenntnisse darüber vorlägen, dass es bei anderen Anlagen zu keiner entsprechenden „Einpreisung“ der kostenlosen Berechtigungen gekommen ist. Wäre dies der Fall, dürfte eine einseitige Belastung der Strom produzierenden Anlagen jedenfalls aus diesem Grund kaum zu rechtfertigen sein⁸⁴.

Noch steht nicht abschließend fest, ob die Berechtigungen zum Marktpreis verkauft oder ob sie versteigert werden. Bis zum Jahr 2010 kann der Bund nach § 21 ZuG 2012 wählen, welche Variante er anwenden möchte. Spätestens ab 2010 muss eine Versteigerung stattfinden⁸⁵.

a) *Zuteilung für Industrieanlagen*. Anlagen nach Anhang 1 Nr. VI bis XVIII TEHG⁸⁶, die bis zum 31. 12. 2002 in Betrieb gegangen sind, erhalten nach § 6 ZuG 2012 eine Zuteilung nach den durchschnittlichen Emissionen in den Jahren 2000 bis 2005⁸⁷ (so genannte Basisperiode, § 6 II ZuG 2012) multipliziert mit einem Erfüllungsfaktor von 0,9875 sowie der Anzahl der Jahre der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012. Damit beträgt die Minderungslast bestehender Industrieanlagen 1,25%. Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass diese Anlagen einen relativ hohen Anteil prozessbedingter Emissionen haben, bei denen es entweder kein oder nur ein sehr geringes Minderungspotenzial gibt.

69) Damit hat der Gesetzgeber auf Drängen der Kommission die Gesamtmenge der Berechtigungen (453,07 Mio. t) gegenüber der ersten Handelsperiode (495 Mio. t) und seinen anfänglichen Planungen (482 Mio. t) deutlich reduziert.

70) 442,07 Mio. t/a – 40 Mio. t/a Veräußerung – 23 Mio. t/a Reserve = 379,07 Mio. t/a.

71) Zu Ausnahmen s. § 4 III 3 ZuG 2012.

72) Dadurch sind ineffiziente Anlagen stärker von der anteiligen Kürzung betroffen als effiziente Anlagen.

73) Der Effizienzstandard bestimmt sich nach dem in Anhang 5 ZuG 2012 geregelten Verfahren anhand so genannter Produktstandards, die Emissionsobergrenzen für bestimmte Produkte darstellen. Die Produktstandards ähneln stark den produktbezogenen Emissionswerten aus Anhang 3 ZuG 2012, sind jedoch mit diesen nicht vollkommen identisch (z. B. Produktstandard für Stromerzeugung mit Braunkohle und für Wärmeerzeugung aus nicht gasförmigen Brennstoffen).

74) Soweit die Kreditanstalt für Wiederaufbau (KfW) nach § 6 III 2 ZuG 2007 für die DEHSt in der ersten Periode zusätzliche Berechtigungen am Markt erworben hat, damit diese ihren Ausgabeverpflichtungen nachkommen konnte, erhält die KfW nunmehr eine entsprechende Anzahl Berechtigungen der kommenden Periode aus der Reserve als Ausgleich.

75) Damit schließt § 5 IV 1 ZuG 2012 im Einklang mit der Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg einen Anspruch auf Nachverteilung aus.

76) § 7 XII i. V. mit §§ 11 ZuG 2007, 13 ZuG 2007, 10 ZuG 2007.

77) § 12 V ZuG 2007.

78) Zuteilung nach produktbezogenen Emissionen (*Benchmarks*).

79) Zuteilung nach historischen Emissionen.

80) Vgl. noch BT-Dr 16/5240, S. 41.

81) Vgl. zu verfassungsrechtlichen Fragen der Veräußerung *Burgi/Selmer*, Verfassungswidrigkeit einer entgeltlichen Zuteilung von Emissionszertifikaten, 2007.

82) Von der Versteigerung nicht erfasst sind damit Anlagen der Energie zur Erzeugung von Dampf, Warmwasser, Prozesswärme und erhitztem Abgas sowie Industrieanlagen.

83) S. Groscurth, DowJones TradeNews Emissions Nr. 2 v. 28. 2. 2005, S. 12.

84) S. auch die Begründung zur Beschlussempfehlung des Umweltausschusses v. 20. 6. 2007, BT-Dr 16/5769, S. 25.

85) Nach § 21 II ZuG 2012 kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundestages durch Rechtsverordnung das Versteigerungsverfahren festlegen.

86) Dies sind bestimmte Anlagen in Mineralölraffinerien, zur Eisen- und Stahlerzeugung, der Zement-, Glas- und Ziegelindustrie, der Papier- und Zellstoffindustrie, Cracker der chemischen Industrie, Anlagen zur Herstellung von Ruß sowie Anlagen zum Abfackeln von gasförmigen Stoffen in See-/Land-Übergabestationen für Mineralöl und Gas.

87) Bei Inbetriebnahme zwischen 2000 und 2002 beginnt die Basisperiode nach § 6 III ZuG 2012 am 1. 1. des Jahres, das auf das Jahr der Inbetriebnahme folgt, und endet am 31. 12. 2005. Bei einer Inbetriebnahme im Jahr 2002 führt dies zu einer Basisperiode von nur drei Jahren.

b) *Zuteilung für Anlagen der Energiewirtschaft.* Anlagen der Energieumwandlung und -umformung nach Anhang 1 Nrn. I bis V TEHG⁸⁸, die bis zum 31. 12. 2002 in Betrieb genommen wurden, erhalten ihre Zuteilung nach § 7 ZuG 2012 auf der Basis produktbezogener *Benchmarks*. Zur Berechnung der Zuteilungsmenge wird die durchschnittliche jährliche Produktionsmenge der Anlage in der Basisperiode 2000 bis 2005⁸⁹ mit dem Emissionswert je erzeugter Produkteinheit (*Benchmark*) sowie der Anzahl der Jahre der Zuteilungsperiode multipliziert⁹⁰. Hinzu kommt bei Überschreitung des *Caps* ein Faktor für die anteilige Kürzung, für Anlagen zur Stromerzeugung ferner der Kürzungsfaktor für die Veräußerung nach § 20 ZuG 2012⁹¹. Von der anteiligen Kürzung sind allerdings gem. § 4 III 4 ZuG 2012 solche Anlagen der Energiewirtschaft ausgenommen, die in der ersten Handelsperiode eine Sonderzuteilung wegen *Early Action* auf Grund von § 12 I ZuG 2007 erhalten haben und bei denen der Zwölf-Jahreszeitraum seit der Modernisierung in die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 hineinreicht oder von denen der Nachweis nach § 12 I 5 ZuG 2007 erbracht wurde.

Erhebliche Streitfragen sind bei der Zuteilung für so genannte „industrielle Kraftwerke“⁹² zu erwarten, nachdem sich der Bundesrat nicht mit seinem Vorschlag durchsetzen konnte⁹³, diese Anlagen den Zuteilungsregeln nach § 6 ZuG 2012 für bestehende Industrieanlagen zu unterstellen. Bei industriellen Kraftwerken stellt sich in vielen Fällen die Frage, ob sie ihre Zuteilung als Bestandteil einer bestehenden Industrieanlage nach § 6 ZuG 2012 oder als eigenständige Anlage der Energiewirtschaft nach § 7 ZuG 2012 erhalten. Die Beantwortung dieser Frage hängt in erster Linie von der immissionsschutzrechtlichen Genehmigungslage ab. Ist das Kraftwerk als Nebeneinrichtung einer anderen Anlage nach Anhang 1 Nrn. VI bis XVIII TEHG in einer immissionsschutzrechtlichen Genehmigung genehmigt, gehört es nach § 3 III 2 TEHG n. F. zu dieser Anlage, so dass sich die Zuteilung für das Kraftwerk nach § 6 für die (Haupt-) Anlage richtet. Besitzt das Kraftwerk hingegen eine eigenständige immissionsschutzrechtliche Genehmigung, handelt es sich wegen § 3 III 2 TEHG n. F. um eine Anlage nach Anhang 1 Nrn. I bis V TEHG, so dass sich die Zuteilung nach § 7 ZuG 2012 richtet. Problematisch ist diese unterschiedliche Behandlung vor allem dann, wenn es sich um identische Anlagen handelt, die ausschließlich der Versorgung einer industriellen Produktion dienen. Hier wird man sich fragen müssen, ob die oft eher zufälligen Unterschiede in der Genehmigungslage eine ihrer Höhe nach deutlich unterschiedliche Zuteilung rechtfertigen. Problematisch sind darüber hinaus Konstellationen, in denen zwar nur eine gemeinsame immissionsschutzrechtliche Genehmigung für die Hauptanlage und das Industriekraftwerk vorhanden, die industrielle Hauptanlage jedoch nicht emissionshandelspflichtig ist. Die Emissionshandelspflichtigkeit des Industriekraftwerks folgt in diesem Fall aus § 2 I 2 TEHG, so dass eine Zuteilung nach § 7 ZuG 2012 durchaus in Betracht zu ziehen wäre. Andererseits liegt nur eine immissionsschutzrechtliche Genehmigung vor, und nachdem diese nach § 3 III 2 TEHG n. F. maßgeblich sein soll, ließe sich auch über eine Anwendung von § 6 ZuG 2012 nachdenken. Andernfalls erhielte ein Industriekraftwerk, das Nebeneinrichtung einer nicht emissionshandelspflichtigen Hauptanlage ist, stets eine Zuteilung nach den Regeln für bestehende Anlagen der Energiewirtschaft, obwohl ein (identisches) Industriekraftwerk mit einer emissionshandelspflichtigen Hauptanlage eine solche nach den Vorschriften für bestehende Industrieanlagen erhielte.

c) *Zuteilung an junge Anlagen (2003 bis 2007).* Anlagen, die in den Jahren 2003 bis 2007 in Betrieb genommen wurden⁹⁴, erhalten unterschiedslos eine Zuteilung nach *Benchmarks*, und zwar entsprechend der Anlagenkapazität, einem

spezifischen Standardauslastungsfaktor, dem Emissionswert je erzeugter Produkteinheit und der Anzahl der Jahre der Zuteilungsperiode (§ 8 I 1 ZuG 2012). Für Energieanlagen nach § 7 ZuG 2012 kommt bei Überschreitung des *Caps* von 379,07 Mio. Berechtigungen ein Faktor für die anteilige Kürzung hinzu, es sei denn, es handelt sich um Anlagen, die in der ersten Handelsperiode eine Sonderzuteilung wegen *Early Action* auf Grund von § 12 I ZuG 2007 erhalten haben. Bei Anlagen zur Stromerzeugung wird die kostenlose Zuteilung auf Grund von § 20 ZuG 2012 zusätzlich und unabhängig von einer eventuellen anteiligen Kürzung um den Kürzungsfaktor für die Veräußerung reduziert.

Die maßgebliche Produktionsmenge einer „jungen“ Anlage wird zukünftig nicht mehr nach einer individuellen Produktionsprognose ermittelt, weil die ex-post-Korrektur als Korrektiv für übertriebene Produktionserwartungen⁹⁵, infolge der ablehnenden Haltung der Europäischen Kommission entfallen musste. Stattdessen wird die Produktionsmenge anhand der Kapazität⁹⁶ der Anlage und einem Standardauslastungsfaktor⁹⁷ bestimmt. Mit ihm typisiert der Gesetzgeber die bei einer bestimmten Anlagengruppe im Volllastbetrieb maximal mögliche Produktionsmenge⁹⁸. Die in Anhang 4 ZuG 2012 festgelegten Vollbenutzungsstunden waren aus nachvollziehbaren Gründen von Anfang an umstritten⁹⁹ und sind auch im Gesetzgebungsverfahren noch verändert worden. Um möglichen Angriffen gegen die Standardauslastungsfaktoren vorzubeugen, hat der Gesetzgeber sie schließlich durchweg großzügig bemessen.

88) Dies sind Anlagen zur Erzeugung von Strom, Dampf, Warmwasser, Prozesswärme oder erhitztem Abgas mit unterschiedlichen Brennstoffen in einer Verbrennungseinrichtung (Kraftwerk, Heizkraftwerk, Gasturbinenanlagen, Verbrennungsmotoranlagen und sonstige Feuerungsanlagen) sowie Verbrennungsmotoranlagen zum Antrieb von Arbeitsmaschinen.

89) Die Basisperiode entspricht dem für Industrieanlagen jeweils festgelegten Zeitraum (§ 7 I 2 i. V. mit § 6 II bis IV ZuG 2012).

90) Bestimmungen über die Emissionswerte je erzeugter Produkteinheit enthalten Anhang 3 zum ZuG 2012 sowie eine noch zu erlassende Rechtsverordnung. Kann ein Betreiber in einer Anlage mehrere Brennstoffe mit unterschiedlichen Emissionswerten einsetzen, ist nach § 7 II ZuG 2012 für die Zuteilung nur der *Benchmark* des verwendeten Brennstoffs jeweils in dem Umfang maßgeblich, in welchem er in den Jahren 2005 und 2006 verwendet wurde.

91) Zum Kürzungsfaktor für die Veräußerung s. o. IV 2.

92) Dabei handelt es sich um Kraftwerke, die ausschließlich der Versorgung eines industriellen Standortes mit Elektroenergie und/oder Prozesswärme und/oder der energetischen Verwertung von Prozessnebenprodukten des Industrie Prozesses dienen.

93) S. o. II 1.

94) Als Inbetriebnahme gilt hier ausnahmsweise gem. § 8 III 1 ZuG 2012 auch der Probebetrieb.

95) Die individuellen Prognoseerwartungen hatten in der ersten Handelsperiode vor allem wegen der vielen Optionsanlagen zu einer massiven, ungeplanten und auch nicht vorhergesehenen Überschreitung des *Caps* von 495 Mio. t/a sowie zu einer ungewollten Umverteilung zwischen den einzelnen Anlagen geführt.

96) Zur Definition des Begriffs „Kapazität“ s. § 3 II Nr. 4 ZuG 2012. Maßgeblich ist danach die tatsächlich installierte Leistung, maximal jedoch die genehmigungsrechtlich zulässige Leistung. Liegt die installierte Leistung über der genehmigten, ist allein Letztere maßgeblich.

97) Nach der Legaldefinition in § 3 II Nr. 7 ZuG 2012 ist er der Quotient aus den in Anhang 4 ZuG 2012 für jede Tätigkeit festgelegten Vollbenutzungsstunden und der Anzahl der genehmigten Vollbenutzungsstunden pro Jahr.

98) Zu Anforderungen und Grenzen einer solchen Typisierung vgl. BVerfGE 27, 142 (150) = NJW 1970, 133 L; BVerfGE 65, 325 = NJW 1984, 785 = NVwZ 1984, 302 L; BVerfGE 71, 146 = NJW 1986, 709 = NVwZ 1986, 290 L; BVerfGE 79, 87 (100 m. w. Nachw.) = NZA 1989, 406 = NJW 1989, 1275 L; BVerfGE 100, 59 (90) = NJW 1999, 2501; BVerfGE 101, 297 = NJW 2000, 572 = NVwZ 2000, 309 L; BVerfGE 103, 310 (319) = NJW 2001, 474 = NVwZ 2002, 199 L.

99) S. etwa Stellungnahme von Statkraft Markets GmbH v. 22. 5. 2006 zum Entwurf des NAP II, insbesondere zur Festlegung von Standardauslastungsfaktoren.

Der Emissionswert je erzeugter Produkteinheit bestimmt sich nach Anhang 3 ZuG 2012. Dort sind Emissionswerte für die Erzeugnisse Strom, Wellenarbeit, Wärme, Zement, Behälterglas, Glas und Keramik festgelegt. Weitere *Benchmarks* kann die Bundesregierung in einer noch zu erlassenden Rechtsverordnung nach § 13 ZuG 2012 festlegen. Sofern für eine Tätigkeit kein Emissionswert existiert, ist derjenige maßgeblich, der für vergleichbare Anlagen im Sinne von Anhang 2 ZuG 2012 bei Anwendung der besten verfügbaren Techniken erreichbar ist, § 8 I 2 i. V. mit § 9 III ZuG 2012. Sofern in einer Anlage mehrere Produkte hergestellt werden, ist der gewichtete Durchschnittsemissionswert jedes Produktes nach § 9 III 2 ZuG 2012 maßgeblich.

d) *Zuteilung an Neuanlagen.* Anlagen, die ab 1. 1. 2008 erstmals in Betrieb genommen werden, erhalten wie bislang Berechtigungen aus der Reserve nach einem *Benchmark*-System zugeteilt. Maßgeblich für die Menge der zuzuteilenden Berechtigungen ist ebenso wie für Anlagen nach § 8 ZuG 2012 das Produkt aus Anlagenkapazität, Standardauslastungsfaktor, produktbezogenem Emissionswert und der Anzahl der Jahre der Zuteilungsperiode¹⁰⁰. Damit wurde auch bei Neuanlagen ein Wechsel weg von individuellen Prognosen der Anlagenbetreiber hin zu vorgegebenen, von den Betreibern nicht beeinflussbaren Standardauslastungsfaktoren vollzogen¹⁰¹.

Neuanlagen unterliegen weder einem Erfüllungsfaktor noch einer anteiligen Kürzung (§ 4 III 1 ZuG). Die Zuteilung für Strom produzierende Neuanlagen wird allerdings um den Kürzungsfaktor für die Veräußerung reduziert.

e) *Betriebseinstellung.* Auch in der zweiten Handelsperiode bleibt es dabei, dass eine Betriebseinstellung vor oder innerhalb der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 nach § 10 I ZuG 2012 zum Widerruf der Zuteilungsentscheidung führt¹⁰². Dementsprechend stellt § 10 V 1 ZuG 2012 klar, dass Anlagen, deren Betrieb bis zum 31. 12. 2007 eingestellt wurde, keine Berechtigungen erhalten.

Der förmlichen Stilllegung gleichgestellt wird nach § 10 V 2 ZuG 2012 die „faktische“ Betriebseinstellung, die gesetzlich unterstellt wird, sofern eine Anlage in den Jahren 2005 und 2006 infolge von Produktionsrückgängen durchschnittlich weniger als 25% der durchschnittlichen jährlichen Emissionen der Jahre 2000 bis 2004 hatte¹⁰³. Dies gilt nur dann nicht, wenn der betroffene Betreiber nachweisen kann, dass die Produktionsrückgänge auf Stillstandszeiten für Modernisierungen oder Reparaturen zurückzuführen sind¹⁰⁴. Wird die Zuteilung wegen Betriebseinstellung widerrufen, hat der Betreiber nach § 10 I 2 ZuG 2012 bis zum 31. 5. des Jahres, das auf den Widerruf folgt, die für das Jahr der Betriebseinstellung zuviel ausgegebenen Berechtigungen zurückzugeben.

Die Zuteilung wird gem. § 10 IV ZuG 2012 – vorläufig – nicht widerrufen, falls der Betreiber der stillgelegten Anlage beantragt, ihre Produktion von einer oder mehreren seiner bestehenden¹⁰⁵ Anlagen in Deutschland zu übernehmen¹⁰⁶. Er hat dann nachzuweisen, dass die tatsächliche Mehrproduktion in den übernehmenden Anlagen zusammen mindestens 80% der jahresdurchschnittlichen Produktionsmenge der übernommenen Anlage in deren Basisperiode beträgt. Gelingt dieser Nachweis nicht, wird die Zuteilung der stillgelegten Anlage nach § 10 IV 3 ZuG 2012 mit Wirkung für die Zukunft widerrufen. Der Nachweis muss erstmals für das erste vollständige Kalenderjahr erbracht werden, das auf das Jahr der Anzeige der Produktionsübernahme folgt und bis zum 31. 1. des auf dieses Kalenderjahr folgenden Jahres bei der Behörde vorliegen¹⁰⁷.

§ 10 VI ZuG 2012 betrifft Produktionsübernahmen, die noch während der Handelsperiode 2005 bis 2007 stattgefunden haben. Bei ihnen stellt sich das Problem, dass für die

Zuteilung an die übernehmende Anlage nach dem ZuG 2012 auf deren CO₂-Emissionen oder Produktionsmengen aus der Basisperiode 2000 bis 2005 zurückgegriffen wird und zu diesem Zeitpunkt die Produktionsübernahme noch nicht stattgefunden hatte. Würde man die Zuteilung an die übernehmende Anlage nur auf die Daten dieser Anlage aus der Basisperiode stützen, blieben die CO₂-Emissionen oder Produktionsmengen der stillgelegten Anlage für die übernommene Produktion unberücksichtigt, was zu einer ungerechtfertigten Minderausstattung führen müsste. Aus diesem Grund sieht § 10 VI 1 ZuG 2012 vor, dass für die infolge der Produktionsübernahme nachgewiesene Mehrproduktion zusätzlich zur regulären Zuteilung nach § 6 oder § 7 ZuG 2012 auf Antrag Berechtigungen nach den *Benchmarks* für Neuanlagen zugeteilt werden.

3. Besonderheiten/Sonderregelungen

a) *Kapazitätsveränderungen.* Das ZuG 2012 enthält erstmalig eine Definition der Begriffe „Kapazität“ und „Kapazitätserweiterung“. Nach § 3 II Nr. 4 ZuG 2012 ist die „Kapazität“ die tatsächlich und rechtlich maximal mögliche Produktionsmenge pro Jahr. Unter einer „Kapazitätserweiterung“ ist eine Erhöhung der Kapazität auf Grund einer immissionsschutzrechtlich genehmigten Änderung der Anlage zu verstehen, § 3 II Nr. 5 ZuG 2012. Wie sich Kapazitätsveränderungen auf eine Zuteilung auswirken, bestimmt die jeweilige Zuteilungsregel¹⁰⁸.

Fand die Ausweitung oder Verringerung der Kapazität bestehender Anlagen in den Jahren 2000 bis 2002 statt, beginnt für sie die Basisperiode erst mit dem auf die Kapazitätsveränderung folgenden Jahr¹⁰⁹. Kapazitätserweiterungen in den Jahren 2003 bis 2007 werden wie eine eigene, zum Zeitpunkt der Erweiterung in Betrieb gegangene Anlage behandelt. Die Zuteilung für den ursprünglichen Anlageanteil wird nach den Zuteilungsregeln für bestehende Anlagen vorgenommen¹¹⁰. Wird die Kapazität einer bestehenden Anlage ab 2008 erweitert, sind für die erweiterte Kapazität nach § 9 V ZuG 2012 die Zuteilungsregeln für Neuanlagen maßgeblich. Die Zuteilung für den bestehenden Anlageanteil bleibt hiervon unberührt. Entsprechendes gilt auch für Anlagen, die auf Grund einer Kapazitätserweiterung im Verlauf der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 erstmalig in das Emissionshan-

100) Die Zuteilung erfolgt ausschließlich für die Zeit ab Aufnahme des Regelbetriebs einer Anlage, für die Dauer des Probebetriebs ist in § 9 I 4 ZuG 2012 eine gesonderte Zuteilung anhand der tatsächlich hergestellten Produktionsmenge vorgesehen. Damit zählt der Probebetrieb – anders als in § 8 III 1 ZuG 2012 – nicht zur Inbetriebnahme.

101) Zu den Gründen für diesen Wechsel vgl. IV 2 c.

102) Zur ersten Periode s. § 9 ZuG 2007. Die Betriebseinstellung ist nach § 10 I 2 ZuG 2012 unverzüglich anzuzeigen.

103) Die Regelung soll Mitnahmeeffekte verhindern (BT-Dr 16/5769, S. 20).

104) Regelmäßig wird er dies nachweisen können, wenn die Anlage in der Basisperiode wieder in normalem Umfang betrieben wird.

105) Bei Neuanlagen und jungen Anlagen, bei denen im Rahmen der Zuteilung wegen der Standardauslastungsfaktoren eine Volllastung unterstellt wird, ist kein Raum für zusätzliche Zuteilungen von Berechtigungen wegen der Übernahme der Produktion aus einer anderen Anlage.

106) Der Antrag wirkt wie ein vorläufiges gesetzliches „Widerrufsverbot“, das entfällt, wenn der Betreiber die Mehrproduktion in seinen anderen Anlagen nicht nachweisen kann.

107) Damit kann der Betreiber einer stillgelegten Anlage, wenn er die Produktionsübernahme anzeigt, deren Berechtigungen für das Jahr der Stilllegung und das Folgejahr behalten. Eine ausdrückliche Rückgabepflicht für diesen Fall ist gesetzlich nicht geregelt worden. Insofern wird man § 10 I 2 ZuG 2012 entsprechend anwenden müssen.

108) §§ 6 IV, 6 VII, 8 II ZuG 2012.

109) § 6 IV ZuG 2012, § 7 I 2 ZuG 2012. Dies kann wegen § 6 III ZuG 2012 zu einer sehr kurzen Basisperiode von lediglich drei Jahren führen.

110) § 8 II ZuG 2012. Auf diese Norm verweisen § 6 VII und § 7 V ZuG 2012.

delssystem einbezogen werden, etwa weil sie mit der Erweiterung einen bestimmten Schwellenwert erreichen. Während sich die Zuteilung für die Kapazitätserweiterung nach § 9 ZuG richtet, gelten für die Zuteilung an den zuvor nicht vom Emissionshandel erfassten Anlagenteil, abhängig von der Anlagenart und dem Inbetriebnahmezeitpunkt, die §§ 6, 7 oder 8 ZuG 2012.

Auf Kapazitätsveränderungen finden der Erfüllungsfaktor (§ 6 IV ZuG 2012), die anteilige Kürzung (§ 8 II ZuG 2012) und der Veräußerungsfaktor (§ 8 II ZuG 2012) Anwendung.

b) *KWK-Anlagen*. Die Zuteilung für KWK-Anlagen erfolgt wie in der ersten Handelsperiode nach einem doppelten *Benchmark* für jedes der ausgekoppelten Produkte Strom und Wärme. Dies ergibt sich für Bestandsanlagen aus § 7 III ZuG 2012, für Anlagen aus den Jahren 2003 bis 2007 auf Grund von § 8 I 4 ZuG 2012 und für Neuanlagen aus § 9 IV ZuG 2012. Maßgeblich für die Zuteilungsmenge ist jeweils die Zuteilung für eine technisch vergleichbare Anlage zur ausschließlichen Erzeugung von Strom und mechanischer Arbeit sowie zur ausschließlichen Erzeugung von Wärme (so genannter *Doppel-Benchmark*). Die Sonderzuteilung von 27 Berechtigungen pro Gigawattstunde in KWK erzeugten Stroms (§ 14 I ZuG 2007) wurde ersatzlos gestrichen.

Da es sich bei KWK-Anlagen um Energieanlagen nach § 7 ZuG 2012 handelt, unterliegen sie – von Neuanlagen abgesehen – der anteiligen Kürzung gem. § 4 III ZuG 2012¹¹¹, sofern sie die *Benchmarks* der jeweils ausgekoppelten Produkte nicht einhalten.

c) *Kuppelgase*. Kuppelgase entstehen verfahrensbedingt vor allem in der Eisen- und Stahlindustrie. Ihre Verwertung ist immissionsschutzrechtlich geboten. Da die kuppelgasproduzierenden und -verwertenden Anlagen in einem engen technologischen Verbund stehen, sieht § 11 ZuG 2012 bei Kokereien, Eisenhütten und integrierten Hüttenwerken ausnahmsweise vor, dass die Berechtigungen für die Kuppelgase dem Betreiber der Anlage zugeteilt werden, die die Kuppelgase produziert¹¹² und nicht der Anlage, bei der die Kohlendioxid-Emissionen tatsächlich entstehen. Zu diesem Zweck werden die CO₂-Emissionen aus der Verwertung der Kuppelgase nach § 11 II bis IV ZuG 2012 für die Zwecke der Zuteilung den Anlagen zugeordnet, die die Kuppelgase erzeugen und den Anlagen entzogen, die die Kuppelgase verwerten. Einzelheiten regelt die Zuteilungsverordnung. Zur Abgabe der Berechtigungen verpflichtet ist der Betreiber der Kuppelgas verwertenden Anlage¹¹³.

d) *Ersatzanlagen nach § 10 ZuG 2007*. Nach § 10 I ZuG 2007 wurden einer Neuanlage, die eine Altanlage ersetzt (Ersatzanlage), für einen Zeitraum von vier Jahren Berechtigungen in einer Anzahl zugeteilt, wie sie der ersetzten Anlage hätten zugeteilt werden müssen. Darüber hinaus wurde der Ersatzanlage für weitere 14 Jahre eine Zuteilung ohne Anwendung eines Erfüllungsfaktors in Aussicht gestellt. Für die zweite Handelsperiode 2008 bis 2012 ist diese Privilegierung nicht ausdrücklich übernommen worden. Bei genauerer Betrachtung der maßgeblichen Regelungen des ZuG 2012 wird allerdings deutlich, dass der Gesetzgeber die Vergünstigungen nach § 10 I ZuG 2007 im Wesentlichen in die zweite Zuteilungsperiode überführt hat.

Dies gilt zunächst für den Vier-Jahres-Zeitraum nach § 10 I 2 ZuG 2007. Insoweit sorgt § 8 III 2 ZuG 2012 dafür, dass der entsprechende Zuteilungsanspruch für die ersetzte Altanlage fortbesteht, soweit dieser Zeitraum in die zweite Handelsperiode hineinreicht und sofern die Ersatzanlage die in Anhang 3 ZuG 2012 festgelegten produktbezogenen Emissionswerte nicht überschreitet. Dies wird man angesichts des von diesen Anlagen einzuhaltenden hohen technischen Standards (§ 5 BImSchG) regelmäßig erwarten können.

Auch der Wegfall des Erfüllungsfaktors von 1 nach § 10 I 3 ZuG 2007 wird sich voraussichtlich auf die Zuteilung für die Ersatzanlagen nur unwesentlich auswirken. Nach § 10 I 4 ZuG 2007, der § 10 I 3 ZuG 2007 konkretisiert, wurde Ersatzanlagen eine Zuteilung in Aussicht gestellt, die sich am tatsächlichen CO₂-Ausstoß der Anlage orientiert. Dieses Ergebnis wird durch § 8 I 1 ZuG 2012 ebenfalls erreicht. Danach erhalten Ersatzanlagen nach Ablauf des Vier-Jahres-Zeitraumes eine Zuteilung, die sich nach ihrer Kapazität, dem Standardauslastungsfaktor und einem spezifischen Emissionswert bemisst. Eine solche Zuteilung orientiert sich am typischen Volllastbetrieb einer Anlage. Sie wäre nur dann geringer als eine Zuteilung nach § 10 I 3 und 4 ZuG 2007, wenn die Anlage länger als nach dem festgelegten Standardauslastungsfaktor betrieben würde.

Junge Energieanlagen (§ 8 ZuG 2012) werden auf Grund ihrer anzunehmenden hohen Effizienz allenfalls mit einer geringfügigen anteiligen Kürzung nach § 4 III 1 ZuG 2012 zu rechnen haben. Lediglich für Anlagen zur Stromerzeugung führt der Kürzungsfaktor für die Veräußerung zu einer im Vergleich mit § 10 I ZuG 2007 geringeren Zuteilung. Die Frage, ob dies zu einem Verstoß gegen das Gebot des Vertrauensschutzes führen kann oder auf Grund der Tatsache, dass die Energiewirtschaft die Kosten für Berechtigungen ohnehin bereits in der Vergangenheit auf die Strompreise umgelegt hat, unbeachtlich ist, muss an dieser Stelle unbeantwortet bleiben.

e) *Early Action*. In der ersten Handelsperiode genossen Anlagen, die auf Grund von Modernisierungsmaßnahmen in den Jahren 1994 bis 2002 nachweisbar ihre Emissionen reduziert haben, das Privileg eines Erfüllungsfaktors von 1 für zwölf auf die Modernisierung folgende Jahre, § 12 I ZuG 2007. Diese Privilegierung gilt gem. § 6 VIII ZuG 2012 auch in der zweiten Handelsperiode fort¹¹⁴.

Im Übrigen wurde § 12 ZuG 2007 abgeschafft. Dies gilt insbesondere für § 12 V ZuG 2007, so dass Anlagen, die ab 1994 erstmals in Betrieb genommen wurden und denen nach § 12 V ZuG 2007 ohne besonderen Nachweis ein Erfüllungsfaktor von 1 zugestanden wurde, zukünftig nicht mehr privilegiert sind.

Für Bestandsanlagen der Industrie, die in der zweiten Handelsperiode erstmals am Emissionshandel teilnehmen, gelten die Vorschriften nach § 12 I bis IV ZuG 2007 wegen § 6 X 2 ZuG 2012 entsprechend. Sie können daher Emissionsminderungen auf Grund von Modernisierungsmaßnahmen nachweisen, um in den Genuss eines Erfüllungsfaktors von 1 zu kommen.

f) *Kleinanlagen*. Anlagen, die nicht mehr als 25000 Mio. t CO₂ pro Jahr emittieren, gelten als Kleinanlagen. Unabhängig davon, ob es sich bei ihnen um Industrieanlagen oder Anlagen der Energiewirtschaft handelt, erhalten sie, sofern sie vor 2003 in Betrieb genommen worden sind, gem. § 6 IX und § 7 IV ZuG 2012 Berechtigungen auf der Grundlage ihrer historischen Emissionen nach § 6 ZuG 2012 ohne Erfüllungsfaktor zugeteilt. Um eine Benachteiligung von Anlagen zu vermeiden, die die Grenze von 22000 t/a nur knapp

111) Zu den Ausnahmen s. o. IV 1 a.

112) Diese Ausnahme steht im Einklang mit der NAP-Guidance der Kommission v. 7. 1. 2004 (BT-Dr 16/5240, S. 54).

113) § 11 VII ZuG 2012 gibt dem Betreiber der Kuppelgas verwertenden Anlage einen zivilrechtlichen Anspruch gegen den Betreiber der Kuppelgas erzeugenden Anlage auf kostenlose Übertragung von Berechtigungen in Höhe der verwerteten Kuppelgasmenge.

114) Da ab 2008 jedoch lediglich Industrieanlagen einem Erfüllungsfaktor unterliegen, ist die bislang für alle Bestandsanlagen geltende Regelung in ihrer Anwendung auf Industrieanlagen beschränkt. Anlagen der Energiewirtschaft werden unter den gleichen Voraussetzungen von der anteiligen Kürzung befreit, § 4 III 3 ZuG 2012.

überschreiten, werden mindestens 25 000 Berechtigungen pro Jahr zugeteilt, § 6 IX 3 ZuG 2012.

Für Kleinanlagen, die ab 2003 in Betrieb gegangen sind, gilt die de-minimis-Regelung von § 6 IX und § 7 IV ZuG 2012 nicht, weil sie eine Zuteilung nach § 8 ZuG 2012 erhalten und damit für sie kein Erfüllungsfaktor anwendbar ist.

g) *Härtefälle*. Die in §§ 6 VI und 7 V ZuG 2012 enthaltenen Härtefallklauseln gewährleisten den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz vor unverhältnismäßigen Belastungen. Eine unzumutbare Härte in diesem Sinne liegt nach der Vorstellung des Gesetzgebers vor, wenn die (reguläre) Anwendung der Zuteilungsregeln zu einer derart hohen Unterausstattung mit Berechtigungen führt, dass die zur Erfüllung der Abgabepflicht notwendigen finanziellen Aufwendungen die Kapitalbasis des Unternehmens aufzehren würden¹¹⁵. Risiken, die infolge der Teilnahme am Wirtschaftsleben für alle Unternehmen gleichermaßen und ungeachtet der Einbeziehung in den Emissionshandel eintreten, können einen Härtefall hingegen nicht begründen.

Durch die Härtefallklauseln „geschützt“ sind zum einen der Anlagenbetreiber, zum anderen ein mit diesem verbundenes Unternehmen, sofern es mit seinem Kapital aus handels- oder gesellschaftsrechtlichem Rechtsgrund für die wirtschaftlichen Risiken des Anlagenbetriebes einstehen muss¹¹⁶.

Liegen die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm vor, teilt die Behörde auf Antrag eine angemessene Menge zusätzlicher Berechtigungen zu. Diese dürfte sich an der Menge der Berechtigungen orientieren, die die Anlage erhalten hätte, wenn die atypischen, zur unzumutbaren Härte führenden Umstände nicht eingetreten wären.

h) *Besondere Härtefallregelung*. § 12 ZuG 2012 enthält für kleine und mittelständische Unternehmen eine „Optionsregel“, die es ermöglichen soll, Produktionssteigerungen der Jahre 2005 und 2006 bei der Zuteilung zu berücksichtigen. Begünstigt sind Unternehmen, deren Anlagen insgesamt im Jahr 2005 nicht mehr als 1 Mio. t CO₂ ausgestoßen haben oder deren Umsatz im letzten Geschäftsjahr vor dem 1. 1. 2007 weniger als 250 Mio. Euro betrug. Sofern die durchschnittliche Produktion dieser Unternehmen in den Jahren 2005 und 2006 um 10% über dem Produktionsdurchschnitt der Jahre 2000 bis 2004 lag, können sie eine Zuteilung wie für Neuanlagen beantragen. Der Zuteilung wird dann die durchschnittliche Produktion der Jahre 2005 und 2006 zu Grunde gelegt. Für Anlagen nach § 6 ZuG 2012 gilt gleichwohl ein Erfüllungsfaktor, für Anlagen nach § 7 ZuG 2012 die anteilige Kürzung, § 12 I 2 und 3 ZuG 2012.

Zusätzlich wird die auf Grund der besonderen Härtefallregelung zugeteilte Menge an Berechtigungen wegen § 12 II 2 ZuG 2012 im Verhältnis zur Zuteilung, die sich nach den §§ 6, 7 ZuG 2012 ansonsten ergeben hätte, anteilig gekürzt, sofern die Gesamtsumme aller Zuteilungen nach § 12 I ZuG 2012 den Gegenwert von insgesamt 8 Mio. t für die Periode 2008–2012 übersteigt. Damit sind die Gesamtauswirkungen der besonderen Härtefallregelung im Sinne eines besonderen „Caps“ auf 8 Mio. t/Periode oder 1,6 Mio. t/a begrenzt.

Unternehmen im Sinne der besonderen Härtefallregelung sind nach § 12 III ZuG 2012 nicht nur das jeweils Antrag stellende „betreibende“ Unternehmen, sondern auch die mit ihm gem. §§ 17 und 18 AktG verbundenen Unternehmen. Sie werden zu einem einheitlichen Unternehmen im Sinne der Norm zusammengefasst. Einzelpersonen oder Personenvereinigungen gelten als Unternehmen, sofern ihnen die Mehrheitsbeteiligung an einem Unternehmen zusteht, § 12 III 2 ZuG 2012.

V. Zuteilungsverfahren

Auch im Hinblick auf das Zuteilungsverfahren haben sich einige Änderungen ergeben.

1. Antrag

Nach § 10 III TEHG n.F. werden die Antragsfristen für den Zuteilungsantrag nicht mehr vom TEHG gesetzlich vorgegeben, sondern hängen von den Bestimmungen des jeweiligen Zuteilungsgesetzes ab. Gem. § 14 I ZuG 2012 sind die Anträge für alle bis 2007 in Betrieb gegangenen Anlagen innerhalb von drei Monaten nach Inkrafttreten der Rechtsverordnung nach § 13 ZuG 2012 (Zuteilungsverordnung 2012 – ZuV 2012) zu stellen. Diese Frist gilt auch für Anlagen, die im Jahr 2007 ihren Probetrieb aufgenommen haben¹¹⁷. Bei Neuanlagen müssen die Anträge auf Zuteilung spätestens bis zur Inbetriebnahme gestellt sein, § 14 II ZuG 2012. Versäumt ein Antragsteller die Antragsfrist für Bestandsanlagen, ist er mit seinem Zuteilungsanspruch ausgeschlossen, § 10 III 2 TEHG¹¹⁸.

Was die für eine Zuteilung an bestehende Industrieanlagen erforderlichen Daten über die durchschnittlichen CO₂-Emissionen in der Basisperiode betrifft, sind diese gesetzlich im Wesentlichen auf Grund von § 6 V ZuG 2012 vorgegeben. Für bestehende Industrieanlagen, die in der Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 erstmalig am Emissionshandel teilnehmen, trifft § 6 X 1 ZuG 2012 insoweit eine Sonderregelung.

Maßgeblich sind danach die Daten, die der Zuteilungsentscheidung für die Handelsperiode 2005 bis 2007 zu Grunde gelegt wurden, ferner die Daten aus der Datenerhebung für die Jahre 2003 und 2004 sowie die Daten der Emissionsberichte 2005. Damit liegen bereits die Daten für die Zuteilung maßgeblicher Daten in verifizierter Form vor, so dass eine darüber hinausgehende Verifizierung nur in Ausnahmefällen erforderlich sein dürfte. Alle anderen für die Zuteilung erforderlichen Angaben betreffen Daten zur Identifikation der Anlage¹¹⁹.

§ 6 V 2 ZuG 2012 ermächtigt die DEHSt, diese Datengrundlage zu korrigieren, soweit sie nicht den maßgeblichen Anforderungen genügt. Eine Korrektur der Daten für die Jahre 2000–2002 ist jedoch nur möglich, sofern die Zuteilungsentscheidung der ersten Periode nicht bereits bestandskräftig ist. Auch von den für das Jahr 2005 berichteten Daten darf die DEHSt nur abweichen, wenn sie eine Schätzung gem. § 18 II TEHG eingeleitet hat, § 6 V 3 ZuG 2012. Gegen eine Korrektur der Daten ist gem. § 6 V 4 ZuG 2012 kein isolierter Rechtsschutz gegeben. Es muss vielmehr die auf den geänderten Daten beruhende Zuteilungsentscheidung angefochten und in diesem Verfahren inzident auch die Berechtigung der DEHSt zur Datenkorrektur überprüft werden.

2. Überprüfung von Angaben

Berechtigungen dürfen wie bislang auch nur zugeteilt werden, soweit die Richtigkeit der Angaben ausreichend gesichert ist (§ 15 S. 3 ZuG 2012).

115) BT-Dr 16/5240, S. 49.

116) Dies betrifft vor allem Fälle mit Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen.

117) BT-Dr 16/5240, S. 56.

118) Dabei handelt es sich um eine materiell-rechtliche Ausschlussfrist, eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erscheint höchst zweifelhaft, s. dazu Posser/Altenschmidt, in: Elspas/Salje/Stewing, Emissionshandel, 2006, Kap. 18 Rdnr. 20; Körner/Vierhaus (o. Fußn. 15), § 10 TEHG Rdnr. 24.

119) Z.B. Name und Firma des Betreibers, Standort der Anlage, Inbetriebnahmedatum, genehmigte und installierte Kapazität; vgl. zur elektronischen Kommunikation bei der Antragstellung der ersten Periode Kobes, NVwZ 2004, 1153 (1161).

Die zuständige Behörde ist daher verpflichtet, die von den Betreibern gemachten Angaben zu prüfen (§ 15 S. 1 ZuG 2012). Zur Überprüfung der von einem Betreiber selbst „entwickelten“ Emissionswerte pro Produkteinheit nach § 9 III ZuG 2012 kann die Behörde auf eigene Kosten (§ 22 III TEHG n.F.) einen Sachverständigen beauftragen. Durch die Änderung von § 10 I 3 TEHG ist es ab sofort möglich, im Zuteilungsgesetz oder in der Zuteilungsverordnung bestimmte Informationen von der Verpflichtung zur Verifizierung durch eine sachverständige Stelle auszunehmen, damit Informationen, die der DEHSt bereits in verifizierter Form vorliegen, nicht mehrfach verifiziert werden¹²⁰.

3. Ausgabe und Abgabe von Berechtigungen

Die Regeln für die Ausgabe von Berechtigungen haben sich gegenüber der ersten Handelsperiode nicht geändert.

Was die Abgabeverpflichtung nach § 6 I TEHG betrifft, kann diese zukünftig sowohl durch Abgabe von zertifizierten Emissionsreduktionen (CER) als auch von Emissionsreduktionseinheiten (ERU) erfüllt werden¹²¹, § 6 I b TEHG. Die Anzahl der ERUs und CERs, die zur Erfüllung der Abgabeverpflichtung für eine Anlage nach § 6 I TEHG verwendet werden darf, ist auf maximal 22% der einem Betreiber für die zweite Handelsperiode zugeteilten Berechtigungen begrenzt. Wann er diese Zertifikate einsetzt und für welche Anlagen, ist dem Betreiber freigestellt. Zulässig wäre es danach beispielsweise, die Abgabeverpflichtung für eine Anlage in einem Jahr vollständig mit ERUs und CERs zu erfüllen. Mit Erreichen des Kontingentes von 22% entfällt diese Möglichkeit für den Rest der zweiten Handelsperiode.

Mit dieser Begrenzung soll erreicht werden, dass auch innerhalb der Bundesrepublik Deutschland CO₂-Emissionen verringert werden. Dies wäre, wenn die Anzahl der zur Erfüllung der Abgabeverpflichtung einsetzbaren, aus dem Ausland stammenden Berechtigungen unbegrenzt wäre, nicht hinreichend gewährleistet.

VI. Ausblick

Mit dem neuen Rechtsrahmen für den Emissionshandel ist es dem Gesetzgeber gelungen, das System transparenter zu gestalten und wesentliche Erschwernisse der ersten Handelsperiode, wie die Optionsregel, die anteilige Kürzung und die ex-post-Kontrolle, zu beseitigen und die Basis dafür zu schaffen, dass Deutschland seine internationalen Klimaschutzverpflichtungen erfüllen kann. Gleichwohl steckt auch bei den neuen Zuteilungsregelungen der Teufel im Detail, was zahlreiche Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Zuteilung und erst Recht mit dem Verkauf oder der Versteigerung von Berechtigungen erwarten lässt. Der Kampf um mehr Berechtigungen dürfte schon deshalb energischer als bislang geführt werden, weil deren Wert in der kommenden Handelsperiode wesentlich über dem heutigen Wert liegen dürfte, nicht zuletzt deshalb, weil sie am Ende der Periode nicht mehr erlöschen, sondern in die übernächste Periode übertragen werden können.

Dies setzt allerdings voraus, dass es mit dem Emissionshandel nach 2012 weitergeht, was bislang keineswegs sicher ist. Zwar sieht die europäische Emissionshandels-Richtlinie kein automatisches Ende des Emissionshandelssystems in Europa vor. Gleichwohl ist dessen Fortsetzung ohne einen Rahmen auf internationaler Ebene wenig wahrscheinlich. Insofern kommt es in den kommenden Jahren vor allem darauf an, das Instrument des Emissionshandels international dauerhaft zu verankern und möglichst viele Staaten einzubeziehen. Im Übrigen wird man in der kommenden ersten Verpflichtungsperiode des Kyoto-Protokolls mit Spannung beobachten können, wie sich der internationale Handel zwischen den

Staaten entwickelt. Für die europäischen Mitgliedsstaaten und das europäische Handelssystem liegen die größten Herausforderungen diesbezüglich bei der Schaffung der Voraussetzungen für die Teilnahme am System der flexiblen Mechanismen JI und CDM und für einen Transfer von ERU und CER in das europäische Handelssystem (Stichwort „Eligibility“).

Auf europäischer Ebene werden die fünf Jahre der zweiten Handelsperiode für eine behutsame Reform und konsequente Weiterentwicklung des Emissionshandelssystems genutzt werden. Was dessen Anwendungsbereich angeht, kann mit einer de-minimis-Regel für kleine Anlagen ebenso gerechnet werden wie mit der bereits beschlossenen Einbeziehung des Flugverkehrs ab 2011¹²². Inwieweit das Emissionshandelssystem auf andere Teile des Verkehrssektors ausgeweitet wird, bleibt abzuwarten. Erste Überlegungen in Bezug auf den Schiffsverkehr existieren bereits. Ein weiterer Schwerpunkt der Entwicklung wird bei der europaweiten Harmonisierung der Zuteilungsregeln liegen. Hier wird es vor allem darum gehen, die externen Kosten der Nutzung der Atmosphäre für die „Entsorgung“ von Kohlendioxid zu internalisieren und dazu effektive Systeme der Veräußerung von Berechtigungen zu entwickeln, damit der Markt echte Preissignale erhält. Es ist jedenfalls nicht zu erwarten, dass nach 2012 noch eine größere Menge an Berechtigungen kostenlos abgegeben wird.

120) BT-Dr 16/5240, S. 58.

121) Diese Einheiten stammen aus projektbasierten Mechanismen des Kyoto-Protokolls. Während die Emissionsreduktionseinheiten aus Projekten der Joint Implementation in anderen Industriestaaten stammen, handelt es sich bei den zertifizierten Emissionsreduktionen um Einheiten aus Projekten des Clean Development Mechanism, die in Entwicklungsländern durchgeführt werden. Durch die Änderung in § 14 ProMechG wurde die Gebühr für die Zustimmung zu Projektstätigkeiten auf maximal 600 Euro begrenzt.

122) Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2003/87/EG zwecks Einbeziehung des Luftverkehrs in das System für den Handel mit Treibhausgasemissionszertifikaten in der Gemeinschaft (VORLAGE DER KOMMISSION) SEC(2006)1684 v. 20. 12. 2006 sowie Beschluss des EU-Verkehrsministerrats in Luxemburg v. 8. 6. 2007, Nr.: 155/2007; dazu auch Erling, UPR 2006, 5 ff., und Sieberg, NVwZ 2006, 141 ff.

Rechtsanwalt Dr. Wolf Friedrich Spieth und
Rechtsanwalt Dr. Martin Hamer, Berlin

Emissionshandel: Zertifikatebewirtschaftung durch Brüssel

Zur Rechtswidrigkeit der Kommissionsentscheidung vom 29. 11. 2006 zum Entwurf des deutschen Allokationsplans für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012*

Der im Jahr 2005 gestartete europaweite Handel mit Emissionsberechtigungen geht mit Beginn des Jahres 2008 in seine zweite Phase. Die EU-Mitgliedstaaten waren verpflichtet, der Europäischen Kommission im Juni 2006 die Entwürfe ihrer Zuteilungspläne für die Zuteilungsperiode 2008 bis 2012 zu übermitteln. Nach mehrmonatiger Prüfung hat die Europäische Kommission Ende November 2006 in Form einer Entscheidung zum Entwurf des deutschen Zuteilungsplans Stellung genommen und Änderungen mit erheblichen

* Die Autoren sind Rechtsanwälte in der Kanzlei Freshfields Bruckhaus Deringer in Berlin.